

Warszawa, 16 grudnia 2024 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17 a, 02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

Miasto Poznań  
Urząd Miasta Poznania  
Biuro Zamówień Publicznych  
ul. Za Bramką 1, 61-842 Poznań  
tel. +48 61 878 52 10  
e-mail: [zpb@um.poznan.pl](mailto:zpb@um.poznan.pl)

**Wykonawca:**

Polkomtel Sp. z o.o.  
ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa  
KRS 0000419430  
osoba do kontaktów: Stanisław Mirecki  
pracownik Polkomtel Sp. z o.o.  
Kierownik Sprzedaży - Departament Sprzedaży B2B  
tel. +48 601134649  
e-mail: [stanislaw.mirecki@plus.pl](mailto:stanislaw.mirecki@plus.pl)

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 roku poz. 1710 ze zm. zwana dalej „ustawą Pzp”) składam niniejszym odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechań zamawiającego w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznań - Urząd Miasta Poznania (działający w imieniu własnym oraz zamawiających wymienionych w dokumentacji przetargowej) na dostawę telefonów i

tabletów bez kart SIM oraz świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z kartami SIM lub e-SIM (nr postępowania ZPb-II.271.156.2024.MS).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- **art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie wymagań związanych z zasięgiem telefonii komórkowej;
- **art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie dotyczącym usługi roamingu na terenie Unii Europejskiej;
- **art. 99 ust. 4 – 6 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję poprzez wskazanie znaków towarowych, które charakteryzują produkty konkretnego producenta, jednocześnie bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych oraz bez określenia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności w odniesieniu do wymaganych urządzeń (telefony i tablety);
- **art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie dotyczącym opisu wymaganych telefonów i tabletów;
- **art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie dotyczącym opisu wymaganych telefonów i tabletów (data premiery);

i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie przez Izbę Zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji warunków zamówienia w sposób opisany w dalszej części odwołania.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z

dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania. Dodatkowo, działając na podstawie art. 539 ust. 1 Pzp, wnosimy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego wpisanego na listę biegłych Sądu Okręgowego w Warszawie z zakresu elektronika na okoliczność:

1. Czy opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego Miasto Poznań - Urząd Miasta Poznania na dostawę telefonów i tabletów bez kart SIM oraz świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z kartami SIM lub e-SIM (nr postępowania ZPb-II.271.156.2024.MS) bezzasadnie preferuje producentów dwóch marek to jest Apple oraz Samsung?
2. Czy istnieją na rynku inne urządzenia spełniające wymagania opisane dla Grup I – IV telefonów oraz tabletów, których możliwość oferowania została bezzasadnie wyłączona z uwzględnieniem obiektywnych potrzeb Zamawiającego?
3. Czy prawdą jest, że ze względu na brzmienie opisu przedmiotu zamówienia dla Grypy III telefonów każdy z wykonawców musi zaoferować dostawę telefonów iPhone 16 oraz Samsung S24 Ultra?
4. Czy prawdą jest, że ze względu na brzmienie opisu przedmiotu zamówienia dla Grypy IV telefonów każdy z wykonawców musi zaoferować dostawę telefonów iPhone 16 oraz Samsung S24 Ultra?
5. Czy prawdą jest, że w odniesieniu do wymagań dotyczących zamawianych tabletów Opis przedmiotu zamówienia pozwala na zaoferowanie tylko i wyłącznie modeli iPad Pro i Samsung Tab S10 ?

W naszej ocenie, ze względu na skomplikowany przedmiot zamówienia (dostawa urządzeń elektronicznych), zasadnym jest poddanie powyższych okoliczności pod niezależną ocenę.

Odwołujący wnosi ponadto o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 575 ustawy Pzp. Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, na dowód czego składam potwierdzenie jej przekazania.

#### **I. Ogłoszenie o zamówieniu.**

W dniu 5 grudnia 2024 roku zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 742286-2024 ogłoszenie Zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej progu unijnego na dostawę telefonów i

tabletów bez kart SIM oraz świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z kartami SIM lub e-SIM (nr postępowania ZPb-II.271.156.2024.MS)..

## II. Legitymacja do wniesienia odwołania.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, jest zainteresowany złożeniem oferty. Wadliwe postanowienia specyfikacji warunków zamówienia utrudniają lub też uniemożliwiają złożenie oferty. Tym samym posiadamy interes we wniesieniu odwołania.

## III. Termin na wniesienie odwołania.

Zamawiający opublikował dokumentację postępowania w dniu 5 grudnia br. Tym samym Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie z zachowaniem 10 - dniowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

## Uzasadnienie

### I. Zarzut dotyczący zasięgu

- (1) W treści § 6 ust. 2 wzorca umowy Zamawiający zastrzegł: ***W przypadku braku możliwości korzystania przez Zamawiającego z usług będących przedmiotem Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (brak możliwości wykonywania połączeń dla minimum 30 % kart, np. awaria „hallera” – usługi nie są świadczone dla grupy kart SIM lub e-SIM, brak zasięgu) nieprzerwanie przez okres przekraczający jedną pełną godzinę w ciągu jednego dnia, Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości 5,00 zł za każdą rozpoczętą godzinę za każdy numer telefonu niefunkcjonujący w dniu wystąpienia awarii którejkolwiek z usług (dotyczy to również numerów zgłoszonych do aktywacji, które winny być aktywne w tym dniu). Zapis nie dotyczy sytuacji, w których usług nie mogliby świadczyć także wszyscy pozostali występujący na polskim rynku operatorzy sieci GSM.***

- (2) Mamy zatem do czynienia z obowiązkiem gwarantowania przez wykonawcę zasięgu pod rygorem obciążenia wykonawcy karami umownymi (za każdy numer telefonu niefunkcjonujący). **Powyżej wskazany Opis przedmiotu zamówienia rażąco modyfikuje zasady wykonywania typowej umowy w zakresie świadczenia usług z wykorzystaniem sieci komórkowej.** Mamy do czynienia z wymaganiem nieuwzględniającym specyfiki wykonywania usług telefonii mobilnej. Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawcy gwarantowanego zasięgu.
- (3) Zwracamy uwagę na to, iż operatorzy telefonii komórkowej gwarantują z powodów uwarunkowań technicznych zasięg na około 95%-98% powierzchni kraju **(na zewnątrz budynków) bez zapewnienia łączności w każdym miejscu.** Publikowane mapy zasięgu mające jedynie szacunkowy charakter. Operatorzy jednoznacznie zastrzegają, iż ze względów takich jak m.in. ukształtowanie terenu, rodzaj zabudowy czy bezpośrednie otoczenie, prezentowany zasięg lub moc sygnału mogą być inne niż na publicznie dostępnej mapie
- Polkomtel<sup>1</sup>: *Mapa ma jedynie charakter poglądowy - przedstawia orientacyjną dostępność usług na zewnątrz i wewnątrz budynków. Rzeczywista dostępność usług może różnić się od prezentowanej, m.in. ze względu na specyfikę propagacji fal elektromagnetycznych, warunki terenowe w tym otoczenie i rodzaj zabudowy. Mapa nie stanowi części umowy i nie może być podstawą do ewentualnych roszczeń reklamacyjnych. Mapa nie stanowi części umowy i nie może być podstawą do ewentualnych roszczeń reklamacyjnych.*
  - Orange Polska<sup>2</sup>. *Pamiętaj, że ze względów takich jak m.in. ukształtowanie terenu, rodzaj zabudowy czy bezpośrednie otoczenie, prezentowany zasięg lub moc sygnału mogą być inne niż na mapie zasięgu powyżej. Przed zawarciem umowy o świadczenie usług z Orange, skontaktuj się z najbliższym salonem sprzedaży w celu potwierdzenia zasięgu w Twojej lokalizacji. W przypadku zawarcia umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, mapa zasięgu nie stanowi jej części i nie może być podstawą do ewentualnych roszczeń reklamacyjnych.*

<sup>1</sup> <http://www.plus.pl/mapa-zasiegu>

<sup>2</sup> <https://www.orange.pl/view/mapazasiegu>



- *T-Mobile<sup>3</sup>: Mapa przedstawia orientacyjny zasięg sieci T-Mobile w podziale na technologie GSM/GPRS/EDGE, 4G/LTE, 5G i 5G Bardziej. Rodzaj technologii jaki jest dostępny dla abonenta lub użytkownika zależy od taryfy lub urządzenia z którego korzysta. Z uwagi na zmienność naturalnych warunków propagacji fal radiowych, zależność od typu zabudowy i dynamiczną rozbudowę sieci prezentowany zasięg może ulec zmianie. Mapa nie jest częścią umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i nie może być podstawą ewentualnych reklamacji. Zarówno niniejsza mapa, jak i inne składniki niniejszego opracowania, są objęte ochroną prawną, co w szczególności oznacza, że żadna jego część, zarówno w całości, jak i we fragmentach, nie może być reprodukowana ani przetwarzana w jakikolwiek sposób, w tym elektroniczny, mechaniczny lub fotograficzny, oraz nie może być przechowywana w żadnej bazie danych - bez pisemnej zgody T-Mobile Polska S.A.*

(4) **Powyższe jest uzasadnione specyfiką usług mobilnej transmisji danych oraz telefonii komórkowej (w szerszym ujęciu).** Należy podkreślić, że pojęcie zasięgu odnosi się zarówno do sieci przewodowych, jak i sieci radiowych. Jednocześnie rozumienie tego pojęcia może różnić się w zależności od kontekstu, w jakim zostało użyte. W literaturze wskazuje się, że w odniesieniu do sieci radiowych, względnie stacji radiowych, można mówić **o zasięgu w dwóch ujęciach** (koniecznym jest zatem każdorazowo doprecyzowanie, o jakim zasięgu jest mowa w warunkach przetargowych). Pierwsze ujęcie to zasięg chwilowy (zasięg w danej chwili) rozumiany jako istnienie prawidłowej łączności pomiędzy danym punktem a stacją bazową. W drugim ujęciu można mówić o ogólnym pojęciu zasięgu rozumianym jako możliwość uzyskania łączności ze stacją w danym punkcie z określonym prawdopodobieństwem w dowolnej chwili roku, przy uwzględnieniu statystyk zjawisk propagacyjnych i interferencyjnych<sup>4</sup>. W oparciu o powyższe rozumienie zasięgu, dostawcy usług tacy jak Polkomtel, T-Mobile, czy Orange opracowują swoje mapy zasięgu. Tego rodzaju mapy ogólnego zasięgu są określane z wykorzystaniem do tego celu narzędzi planowania pozwalających

<sup>3</sup> <https://www.t-mobile.pl/c/mapa-zasiegu>

<sup>4</sup> D. Więcek, Metody wyznaczania zasięgów w warunkach zakłóceń interferencyjnych, Przegląd telekomunikacyjny nr 1/2008, s. 11.

przewidywać siłę sygnału w różnych obszarach. Podobnie jak w przypadku każdego narzędzia do planowania, prognozy te są obarczone marginesem błędu i niekoniecznie muszą uwzględniać wszystkie czynniki, które mogą wpływać na jakość połączenia głosowego w telefonie komórkowym lub sesję transmisji danych w danej chwili.

- (5) Zasięg poszczególnych ruchomych publicznych sieci telekomunikacyjnych na danym obszarze może się różnić w zależności od sieci, a w ramach poszczególnych sieci – w zależności od lokalizacji i pory dnia. Na zasięg sieci ruchomej może wpływać wiele czynników. Przykładowo niska jakość sygnału może być skutkiem warunków pogodowych (deszcz, opady śniegu), „zacinienie sygnału” przez budynki, liczbę osób korzystających z sieci na określonym obszarze lub działanie określonego urządzenia końcowego (np. ograniczenie zakresów częstotliwości, które odbiera dany modem). Niekiedy również wpływ na zasięg mogą mieć zakłócenia powodowane przez inne urządzenia radiowe, w szczególności urządzenia używane w sposób nielegalny takie jak wzmacniacze sygnału, w tym także na skutek świadomego zakłócania sygnału<sup>5</sup>. Wszystkie te elementy wpływają na warunki propagacji w danej lokalizacji w danym momencie czasu, a tym samym wpływają na zdefiniowany powyżej zasięg chwilowy, którego wartość może różnić się od wartości zasięgu ogólnego wyznaczonego w oparciu o narzędzia planowania sieci. Jednocześnie część tych czynników wpływających na zasięg w danej chwili pozostaje poza kontrolą operatorów sieci (na przykład warunki pogodowe lub urządzenie stosowane przez użytkownika końcowego). Istotne różnice dla jakości usług mogą występować także dla tej samej lokalizacji w zależności od tego, czy pomiar wykonywany jest w budynku, czy poza budynkiem (grubość ścian, a także materiał z którego zostały one wykonane ma istotny wpływ na propagację fal radiowych, a czynnik ten jest w całości poza kontrolą dostawcy usług). Warto podkreślić, iż część lokalizacji to mogą być starsze budynki lub też lokalizacje oddalone od skupisk ludności o znacząco utrudnionej (i kosztownej) możliwości zapewnienia zasięgu. Na możliwość realizacji zasięgu w określonych lokalizacjach wpływ mają również uwarunkowania prawne, które ograniczają możliwość budowy stacji bazowych. Nie oznacza to jednak, że parametry usługi realizowane przez operatora telekomunikacyjnego nie spełniają wymogów określonych w prawie komunikacji elektronicznej.

<sup>5</sup> <https://www.gov.pl/web/5g/czym-jest-zagluszanie-sygnału-radiowego-i-jak-działa> (dostęp: 2024-12-16).

- (6) Umowa o świadczenie usług telefonii komórkowej nie jest umową o dostarczenie usług telekomunikacyjnych do danego punktu odbioru – tak jak ma to miejsce w przypadku użytkowania telefonu stacjonarnego. **Tym samym występowanie miejsc o słabszym zasięgu lub miejsc, w których brak jest zasięgu nie świadczy o nieprawidłowym wykonaniu usługi telefonii mobilnej.** Mowa tu o telefonii, dla której sygnał jest emitowany za pomocą fal radiowych. Specyfiką tej techniki jest mobilność – nie zaś stałe parametry sygnału. Trudności w nawiązywaniu połączeń w danym miejscu nie wykluczają możliwości wykonywania połączeń z miejsc, których charakterystyka nie zakłóca propagacji fal radiowych. Zwracamy uwagę na to, iż jakość odbieranego sygnału zależy nie tylko od obecności stacji bazowych i ich parametrów technicznych, lecz również od ukształtowania terenu na danym obszarze, od ilości budynków, od materiału, z jakiego są zbudowane, gęstości sieci nadajników i ich technologii, jak i od takich okoliczności, które są poza wpływem operatora np. gęstość zaludnienia czy nawet rodzaj smartfona, modemu, z którego korzysta użytkownik. Czasami sieć może być też chwilowo przeciążona z powodu nadzwyczajnych, niesprawdzalnych okoliczności (np. odbywające się w danym miejscu zgromadzenie publiczne). Karta SIM umożliwia mobilne korzystanie z usług świadczonych przez Polkomtel tj. bez ograniczeń lokalizacyjnych (wszędzie tam, gdzie sieć Plus jest obecna w ramach pokrycia terenu swoim zasięgiem). Urządzenie telekomunikacyjne, jakim jest telefon/modem/router może być wykorzystywane w wielu lokalizacjach, co umożliwia wykorzystywanie wielu stacji bazowych. Należy zauważyć, iż różnice w zakresie dostępności i jakości usług świadczonych w sieciach stacjonarnych i ruchomych są dostrzegane także przez prawodawcę, który **zwalnia operatorów sieci ruchomych od obowiązku podawania dokładnych danych jakościowych dla usług dostępu do Internetu, nakładając wyłącznie obowiązek podania danych szacunkowych.** Jak bowiem jasno wynika z art. 4 ust. 1 lit. d Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego internetu i dotyczące opłat detalicznych za regulowane usługi łączności wewnątrzu Unii oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 (Dz. U. UE. L. z 2015 r. Nr 310, str. 1 z późn. zm.) dostawcy usług dostępu do internetu zapewniają, aby każda umowa, która obejmuje usługę dostępu do internetu, zawierała jasne i zrozumiałe **wyjaśnienie dotyczące**



minimalnych, zwykle dostępnych, maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w ramach usług dostępu do internetu w przypadku sieci stacjonarnych lub dotyczące szacunkowych maksymalnych i deklarowanych prędkości pobierania i wysyłania danych w ramach usług dostępu do internetu w przypadku sieci ruchomych<sup>6</sup>. Z przytoczonego postanowienia rozporządzenia PE i Rady jasno wynika więc, że dla sieci radiowych informacje dotyczące prędkości pobierania i wysyłania danych mogą mieć jedynie charakter szacunkowy i uzależnione są od szeregu czynników, z których istotna część, jak już była o tym mowa, pozostaje poza kontrolą dostawcy usług.

- (7) Wymaganie by zasięg był gwarantowany na określonym obszarze nie tylko byłoby sprzeczne z właściwością usług telefonii komórkowej, ale i oznaczałoby konieczność przeprowadzenia **inwestycji znacząco podnoszących wartość udzielanego zamówienia**. Warto podkreślić, iż koszt jednej inwestycji w poprawienie zasięgu (jednej lokalizacji) może wynosić od kilkudziesięciu do kilkuset tysięcy złotych. **Co istotne, nawet po takiej inwestycji, dane dotyczące zasięgu w danej chwili nie mogą mieć charakteru gwarancyjnego w jakiegokolwiek sieci radiowej. Z oczywistych względów koszt poprawy zasięgu nie może być doliczany do ceny oferty po zawarciu umowy, musi być uwzględniony przez wykonawcę na etapie składania oferty. Tym samym ustalenie, iż na określonym terenie poziom sygnału nie będzie umożliwiał stałego i nieprzerwanego dostępu – musi nastąpić na etapie składania ofert, a nie po zawarciu umowy.**
- (8) Należy zauważyć, iż choć na rynku występując tzw. wzmacniacze sygnału GSM to są to urządzenia których wykorzystanie jest zabronione przez prawo, a Urząd Komunikacji Elektronicznej nie tylko nakłada w takim przypadku grzywny, ale i kieruje zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa<sup>7</sup>. Jedyną możliwość wzmocnienia sygnału to opisana przez nas procedura oznaczająca istotny wydatek kosztowy (kilkadziesiąt tysięcy złotych średnio) jak i organizacyjny (do kilkunastu tygodni na pomiary, sporządzenie dokumentacji, uzgodnienia, zakup dedykowanych

---

<sup>6</sup> Obowiązek umieszczenia powyższych informacji przewiduje również art. 284 ust. 5 ustawy z dn. 12 lipca 2024r. Prawo komunikacji elektronicznej.

<sup>7</sup> <https://www.uke.gov.pl/akt/nielegalne-wzmacniacze-gsm,253.html>

urządzeń oraz wdrożenie rozwiązania). Jest to wiedza notoryjna dla każdego operatora telekomunikacyjnego.

(9) Przeprowadzenie inwestycji wymaga uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia szeregu okoliczności:

- Po pierwsze wykonawca musi uprzednio znać adresy miejsc w których zasięg ma być poprawiony.
- Wykonawcy muszą mieć zapewniony czas na wybudowanie takiej infrastruktury przed terminem rozpoczęcia wykonywania świadczeń. W jednym z postępowań na usługi telekomunikacyjne Izba zauważyła<sup>8</sup>: *Na zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego, adekwatnego i przede wszystkim realnego ukształtowania warunków przetargu, aby nie ograniczać uczciwej konkurencji. Zamawiający nie wykazał, że okoliczności wynikające z dokumentacji przetargu, na które wskazywali odwołujący, zostały przez niego właściwie zbadane i dają podstawę do przyjęcia terminu ustalonego w SIWZ. Odwołujący, wskazując na konieczność dostosowania, czy wybudowania infrastruktury telekomunikacyjnej spełniającej wymagania SIWZ, co wiąże się z koniecznością spełnienia wymagań prawnych i wykonania prac budowlanych, w zależności od warunków technicznych istniejącej infrastruktury (...). Zamawiający natomiast nie wykazał, że wziął te wszystkie okoliczności pod uwagę i wyznaczony przez niego termin realizacji zamówienia jest terminem realnym w stosunku do postawionych warunków przetargu.*

(10) **Problematyka ustanowienia wymagań dotyczących zasięgu wykraczającego poza warunki określone w publicznie dostępnych mapach była przedmiotem wielu uwzględnianych zarzutów podnoszonych w postępowaniach toczonych przed Krajową Izbą Odwoławczą.** Przykładowo zarzut taki został uwzględniony w postępowaniu prowadzonym przez Kancelarię Sejmu<sup>9</sup>, w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie<sup>10</sup>, a także przez Uniwersytet Jagielloński<sup>11</sup>. Zwracamy także uwagę na postępowania o sygn. akt KIO 1276/23 w

<sup>8</sup> Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1597/20, KIO 1607/20, KIO 1623/20

<sup>9</sup> [https://orka.sejm.gov.pl/profil\\_nab\\_2021.nsf/Ogloszenie.xsp?id=42D469DD5DD92DDCC12586E2002A1C56](https://orka.sejm.gov.pl/profil_nab_2021.nsf/Ogloszenie.xsp?id=42D469DD5DD92DDCC12586E2002A1C56)

<sup>10</sup> Sprawa o sygnaturze akt KIO 2354/21

<sup>11</sup> Sprawa o sygnaturze akt sygn. akt KIO 2921/23

którym od powyższego wymagania odstąpiła Grupa Kapitałowa PGE oraz w sprawie o sygn. KIO 3341/23 w którym z wymagania posiadania zasięgu zrezygnował zamawiający Centralne Biuro Antykorupcyjne<sup>12</sup>, a także postępowania przed KIO, którym zarzut został uwzględniony przez Centralny Ośrodek Informatyki<sup>13</sup>.

- (11) Wskazujemy także uwagę na zmianę dokumentacji przetargowej dokonaną w dniu 1 sierpnia 2023 roku przez Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Centrala w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telefonii komórkowej (nr postępowania: 0000-ZP.261.16.2023)<sup>14</sup>. Wymaganie zapewnienia zasięgu było przedmiotem odwołania wniesionego do KIO. KRUS zmodyfikował SWZ wprowadzając odrębnie wycenianą procedurę poprawy zasięgu: *Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 20 dni kalendarzowych od daty otrzymania zgłoszenia dokonać pomiarów i przedstawić Zamawiającemu propozycję działań zaradczych oraz wycenę rozwiązania poprawiającego zasięg wraz z uzasadnieniem albo obiektywną analizę uzasadniającą brak przedstawienia propozycji działań zaradczych. Zamawiający w każdym z tych przetargów ze względu na przywołane powyżej okoliczności rezygnowali – na etapie postępowania przetargowego – z domagania się oferowania zasięgu na innych zasadach niż zasady właściwe dla rynku telefonii komórkowej.*

- (12) Zwrócić także można uwagę na praktykę rynku zamówień publicznych. W prowadzonym w ostatnich latach dwóch największych postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi telefonii komórkowej (tzw. zamawiający centralni), nie ustanowiono wymagań wykraczających poza wskazane przez nas zasady wykonywania usług:

- Postępowanie prowadzone przez Centrum Obsługi Administracji Rządowej – Centralny Zamawiający (KPRM) na świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM (nr WIP.261.18.2024.WW)<sup>15</sup>. Zamówienie jest udzielane na rzecz **130 centralnych i terenowych jednostek administracji państwowej**. Zgodnie z treścią

<sup>12</sup> <https://portal.smartpzp.pl/cba/public/postepowanie?postepowanie=55276235>

<sup>13</sup> <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/tenders/ocds-148610-5ea33742-aaf8-11ee-a06e-7a3efa199397>

<sup>14</sup> <https://ezamowienia.krus.gov.pl/krus/public/postepowanie?postepowanie=351143>

<sup>15</sup> <https://zamowienia.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/428976/swiadczenie-uslug-telefonii-ruchomej-wraz-z-dostawa-telefonow-komorkowych-modemow-i-kart-sim-1>

dokumentacji przetargowej (§2 ust. 8 i 9 wzorca umowy) Wykonawca zagwarantuje obejmowanie zasięgiem oferowanej sieci telefonii ruchomej GSM, LTE lub 5G minimum 95% terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wykonawca zapewni dostępność sieci użytkownikom Jednostek, będących abonentami sieci Wykonawcy, **zgodnie z aktualnie publikowanymi mapami zasięgu na stronach internetowych Wykonawcy, na poziomie umożliwiającym realizację transmisji głosowej i danych.**

- Postępowanie prowadzone przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa (Centralny Zamawiający) na świadczenie usług telefonii komórkowej na rzecz sądów powszechnych (nr WZP-421-3/2023)<sup>16</sup>. Zamówienie było udzielane na rzecz ponad 370 sądów powszechnych. Zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia Wykonawca gwarantuje obejmowanie zasięgiem oferowanej sieci telefonii komórkowej GSM minimum 95% terytorium RP (2.4 OPZ). W treści §2 ust. 7 pkt 1 wzorca umowy dodano: *przypadku braku pokrycia zasięgu sieci komórkowej Wykonawcy w pomieszczeniach biurowych wszystkich lokalizacji jednostek sądownictwa wskazanych w Załączniku nr 6 do Umowy, przejawiającego się brakiem możliwości nawiązania połączeń lub zrywaniem już nawiązanych, Wykonawca zobowiązany jest w ciągu 40 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia przez jednostki sądownictwa, drogą elektroniczną tego faktu Wykonawcy, dokonać pomiarów i przedstawić jednostce sądownictwa propozycję działań zaradczych oraz **wycenę rozwiązania poprawiającego zasięg** wraz z uzasadnieniem albo obiektywną analizę uzasadniającą brak przedstawienia propozycji działań zaradczych. Niedopełnienie powyższego obowiązku skutkować będzie naliczeniem kary umownej, określonej w § 6 ust. 9 Umowy. Skorzystanie przez jednostkę sądownictwa z zaproponowanego przez Wykonawcę działania zaradczego, realizowane będzie przez jednostkę **poza Umową** co oznacza, że **poniesione przez jednostkę sądownictwa koszty nie wliczają się w realizację Umowy.***

(13) **Zwracamy wreszcie uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt 1717/23 dotyczącej przetargu prowadzonego przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy.** Zamawiający w treści

<sup>16</sup> <https://ezamowienia.ms.gov.pl/czs/public/postepowanie?postepowanie=45853203>

dokumentacji przetargowej zamieścić następujące zastrzeżenie: *zapewnienie dostępu do sieci GSM na obszarze min. 90 % terenu Polski, w tym lokalizacjach Zamawiającego określonych w Załączniku nr 1 do OPZ. W przypadku, gdy w jakiejś lokalizacji poziom sygnału będzie za niski do realizacji połączeń głosowych bądź transmisji danych Wykonawca na własny koszt dokona niezbędnych instalacji w celu poprawienia poziomu sygnału. Wszelkie prace związane z poprawą sygnału muszą zostać wykonane w terminie 30 dni kalendarzowych od chwili pisemnego zgłoszenia problemów przez Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 13 czerwca 2023 roku uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu zmianę powyższego postanowienia wzoru umowy w ten sposób, że: **ryzyko związane z koniecznością dodatkowych instalacji nie może być przeniesione na wykonawcę, a strony umowy uzgodnią odrębnie warunki realizacji każdej instalacji.** W uzasadnieniu wyroku Izba między innymi stwierdziła: *Z uwagi na to, że jedynie wykonawca obecnie realizujący podobne zamówienia ma pełną wiedzę na temat wymaganej infrastruktury do wykonania zamówienia i jest w stanie precyzyjniej niż pozostali wykonawcy wkalkulować ryzyka ewentualnych instalacji w cenę ofertową (...) Zamawiający przygotował i przeprowadza postępowanie nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. **Izba obszernie omówiła okoliczności uzasadniające konieczność zmiany SWZ przywołując wskazywane przez nas powyżej argumenty (nieznany czas oraz koszty potrzebne do wykonania dodatkowych instalacji, brak możliwości skalkulowania oferty etc.).****

- (14) Co ma szczególne znaczenie, jedna z instytucji zamawiających w ramach niniejszego postępowania przetargowego także uwzględniła zarzut bezzasadnego domagania się gwarantowanego zasięgu telefonii komórkowej. Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie telemetrycznej usługi transmisji danych pomiędzy urządzeniami mobilnymi Zamawiającego, a posiadanymi systemami informatycznymi za pomocą punktu dostępu APN o nazwie peka.pl (numer referencyjny: ZTM.EZ.3310.11.2024). Polkomtel wniósł odwołanie kwestionujące wymaganie gwarantowania zasięgu (sygn. akt. KIO 2290/24). Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.



- (15) Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie opis przedmiotu zamówienia narusza art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający może oczekiwać poprawienia zasięgu, jednak powinno to być przeprowadzane na podstawie odrębnego zlecenia udzielanego po zawarciu umowy. Obecne brzmienie dokumentacji przetargowej uniemożliwia złożenie oferty.
- (16) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o nakazanie przez Izbę usunięcia z treści § 6 ust. 2 wzorca umowy Zamawiający odniesienia do „zasięgu”. Ponadto dodanie postanowienia wprost odnoszącego się do charakteru map zasięgu. Wnosimy o ustanowienie następującego brzmienia postanowienia: *W przypadku braku możliwości korzystania przez Zamawiającego z usług będących przedmiotem Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (brak możliwości wykonywania połączeń dla minimum 30 % kart, np. awaria „haller” – usługi nie są świadczone dla grupy kart SIM lub e-SIM) nieprzerwanie przez okres przekraczający jedną pełną godzinę w ciągu jednego dnia, Zamawiający ma prawo obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości 5,00 zł za każdą rozpoczętą godzinę za każdy numer telefonu нефunkcjonujący w dniu wystąpienia awarii którejkolwiek z usług (dotyczy to również numerów zgłoszonych do aktywacji, które winny być aktywne w tym dniu). Zapis nie dotyczy sytuacji, w których usług nie mogliby świadczyć także wszyscy pozostali występujący na polskim rynku operatorzy sieci GSM. Wykonawca zapewni dostępność sieci zgodnie z aktualnie publikowanymi mapami zasięgu na stronach internetowych Wykonawcy. Mapa zasięgu ma charakter poglądowy i nie jest częścią umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych i nie może być podstawą do ewentualnych reklamacji.*

## II. Zarzut dotyczący roamingu

- (17) Zgodnie z treścią punktu A.1 Opisu przedmiotu zamówienia w ramach opłaty stałej abonamentowej dla kart SIM/e-SIM głosowych i DATA wykonawca zapewnia m.in. **nielimitowane połączenia** na terenie RP oraz **w roamingu w krajach UE** do wszystkich krajowych sieci komórkowych i stacjonarnych oraz **nielimitowana usługa przesyłu SMS i MMS** na terenie RP oraz **w krajach UE** (wysyłanie/odbieranie), z wyłączeniem numerów specjalnych, informacyjnych oraz o podwyższonej opłacie, na kartach głosowych. Zamawiający zawarł zatem wymaganie gwarantowania

nielimitowanego roamingu w krajach członkowskich Unii Europejskiej. Takie wymaganie jest niezgodne z przepisami prawa obowiązującego w tym zakresie.

- (18) Po pierwsze należy podkreślić, iż istnieją przepisy dotyczące preferencyjnych zasad rozliczania roamingu na gruncie prawa unijnego, **jednak wykluczają one pełną nieodpłatność świadczenia**. Problematyka ta została uregulowana w treści rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/612 z dnia 6 kwietnia 2022 r. w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (wersja przekształcona, Dz. U. UE. L. z 2022 r. Nr 115, str. 1, dalej zwane „Rozporządzeniem roamingowym”) oraz przepisami rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/2286 z dnia 15 grudnia 2016 r. ustanawiające szczegółowe przepisy dotyczące stosowania polityki uczciwego korzystania i metod oceny zrównoważonego charakteru zniesienia dodatkowych opłat z tytułu detalicznych usług roamingu oraz dotyczące wniosku, jaki ma obowiązek złożyć dostawca usług roamingu na potrzeby tej oceny (zwane dalej „Rozporządzeniem wykonawczym”).
- (19) Powyższe przepisy utrzymują co prawda zasadę *roam like home*, zgodnie z którą abonent miał nie odczuwać skutków wyższych opłat za połączenia wykonywane i odbierane podczas podróży zagranicznych w ramach obszaru UE, ale kluczowe jest przy tym określenie, iż powyższe zasady dotyczą zwykłego użytkowania usług roamingowych tj. **użytkowania ich nie w ramach planu przewidującego nielimitowane usługi w ramach abonamentu wykonywane w połączeniach krajowych w sieci operatora macierzystego z którym dany abonent podpisał umowę, ale tzw. normalnego użytkowania przez abonenta, który od czasu do czasu podróżuje poza kraj swojego operatora macierzystego i z tego tytułu nie powinien ponosić nadmiernych opłat**.
- (20) Wyjaśniają to motywy 5 i 6 Rozporządzenia wykonawczego, które stanowią:  
*„5. W sytuacji zniesienia dodatkowych opłat z tytułu detalicznych usług roamingu w Unii stosuje się te same warunki taryfowe za korzystanie z usług telefonii komórkowej w roamingu międzynarodowym w Unii, jak i w kraju klienta (tj. w kraju, gdzie została zawarta umowa na abonament łączności ruchomej). Rozporządzenie (UE) nr 531/2012<sup>17</sup> ma na celu wyeliminowanie*

<sup>17</sup> Zgodnie z art. 23 Rozporządzenia roamingowego, wszelkie odwołania do uchylonego Rozporządzenia (UE) nr 531/2012 winny być rozumiane jako odwołania do Rozporządzenia roamingowego

rozbieżności pomiędzy cenami krajowymi a cenami stosowanymi w roamingu podczas okresowych podróży w Unii, prowadząc do urzeczywistnienia roamingu po cenach usług krajowych. **Jednakże nie ma ono umożliwić stałego roamingu w całej Unii, tj. sytuacji, w której w celu stałego korzystania z usług roamingu w państwie członkowskim, w którym stosowane są wyższe ceny krajowych usług łączności ruchomej, klient kupuje usługi od podmiotów prowadzących działalność w państwach członkowskich, w których ceny krajowych usług łączności ruchomej są niższe, a w których nie zamieszkuje on na stałe i z którymi nie ma żadnych innych powiązań wiążących się z częstą obecnością na ich terytorium przez dłuższy czas.**

**6.Stałe korzystanie z detalicznych usług roamingu regulowanego po mających zastosowanie stawkach krajowych w celach innych niż okresowe podróże mogłoby zakłócać warunki konkurencji, wywierać presję wzrostową na ceny krajowe i zagrażać zachętom inwestycyjnym zarówno na rynkach macierzystych, jak i odwiedzanych.** Na rynkach odwiedzanych operatorzy sieci odwiedzanych musieliby bezpośrednio konkurować z krajowymi usługodawcami innych państw członkowskich, w których ceny, koszty, warunki regulacyjne i warunki konkurencji mogą się istotnie różnić, przy czym miałyby to miejsce na podstawie hurtowych warunków roamingu ustalonych na poziomie zbliżonym do poziomu kosztów wyłącznie w celu ułatwienia roamingu okresowego. **Dla operatora sieci macierzystej stałe stosowanie krajowych stawek w roamingu może prowadzić do odmowy lub ograniczenia hurtowych usług roamingu przez operatorów sieci odwiedzanej lub udostępniania ograniczonych pul krajowych przez operatora sieci macierzystej lub zastosowania wyższych cen krajowych, co może mieć znaczny wpływ na zdolność operatora macierzystego do obsługi klientów krajowych zarówno w kraju, jak i za granicą.**

Ustawodawca unijny wprost wyklucza więc możliwość stosowania nielimitowanych usług roamingowych w ramach jakichkolwiek planów taryfowych, gdyż mogłoby to prowadzić do sytuacji w której abonent zakupuje usługi w Polsce, gdzie ceny połączeń detalicznych są znacznie niższe, aniżeli ceny połączeń oraz usług w innych krajach UE, a następnie w sposób permanentny korzysta z tych usług poza granicami Polski.

Tymczasem dokładnie taki skutek miałoby wprowadzenie nielimitowanych usług roamingowych przewidzianych przez Zamawiającego bez kontroli w zakresie sposobu wykorzystywania tych usług.

- (21) Przyjęcie nielimitowanych usług w ramach roamingu nie pozwala bowiem operatorowi na przeciwdziałanie w przypadku wykorzystania usług na zasadach tzw. permanentnego roamingu. Wprowadzenie nielimitowanych usług oznaczałoby bowiem, iż operator nie może stosować wobec takiego klienta polityki uczciwego korzystania o której mówi art. 5 Rozporządzenia roamingowego, zgodnie z którym dostawcy usług roamingu mogą stosować *"politykę uczciwego korzystania"* w odniesieniu do korzystania z detalicznych usług roamingu regulowanego świadczonych po mającej zastosowanie stawce krajowej ceny detalicznej, aby zapobiec niewłaściwemu lub niestandardowemu korzystaniu z detalicznych usług roamingu regulowanego przez klientów korzystających z roamingu, na przykład korzystaniu z tych usług przez klientów korzystających z roamingu w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie jego operatora krajowego do celów innych niż okresowe podróże. Polityka uczciwego korzystania umożliwia klientom dostawcy usług roamingu korzystanie z limitów detalicznych usług roamingu regulowanego po mającej zastosowanie krajowej cenie detalicznej, która odpowiada ich planom taryfowym. W konsekwencji nawet jeżeli klient posiada nielimitowany plan dla połączeń krajowych to ten plan nie może być przekładany na połączenia świadczone w roamingu, gdzie dostawca usług może stosować dodatkowe opłaty za przekroczenie określonego pułapu połączeń. Nielimitowany roaming wykluczałby stosowanie jakiegokolwiek polityki uczciwego korzystania wobec Zamawiającego, gdyż de facto zmusza on dostawcę usług do świadczenia usług także w tych przypadkach, gdy naruszałaby one te zasady (poprzez wprowadzenie nielimitowanej taryfy, która umożliwia korzystanie z roamingu bez jakichkolwiek limitów). Tymczasem zgodnie z art. 8 ust. 1 Rozporządzenia roamingowego dostawca usług może stosować dodatkowe opłaty za korzystanie z usług detalicznych roamingu regulowanego, wykraczających poza jakiegokolwiek pułapy w ramach polityki uczciwego korzystania. Warto przy tym podkreślić, iż stosowanie dodatkowych opłat jest szczegółowo regulowane i podlega ograniczeniom wynikającym z przywołanego przepisu, zgodnie z którymi

a) wszelkie dodatkowe opłaty za połączenia wykonane w roamingu regulowanym, wiadomości SMS wysłane w roamingu regulowanym i usługi transmisji danych w roamingu regulowanym nie mogą przekraczać maksymalnych opłat hurtowych przewidzianych odpowiednio w art. 9 ust. 2, art. 10 ust. 1 oraz art. 11 ust. 1 Rozporządzenia roamingowego;

b) dodatkowa opłata za połączenia odebrane w roamingu regulowanym nie może przekraczać jednolitej maksymalnej ogólnounijnej stawki za zakończenie połączenia głosowego w sieci ruchomej ustalonej dla danego roku zgodnie z art. 75 ust. 1 dyrektywy (UE) 2018/1972.

W konsekwencji jest oczywiste, iż nawet w przypadku stosowania polityki uczciwego korzystania, Zamawiający jest dodatkowo chroniony przed nadmiernymi opłatami za korzystanie z roamingu, gdyż sposób kalkulacji tych opłat jest ściśle określony w przepisach Rozporządzenia roamingowego.

- (22) Należy również zaznaczyć, że utrzymanie takich warunków może skutkować podjęciem wobec operatora, który zastosowałby się do takiej oferty, działań przez organy ochrony konkurencji. **Jak bowiem wskazano w Rozporządzeniu wykonawczym nielimitowane usługi w ramach roamingu mogą zakłócać warunki uczciwej konkurencji.** Dotyczy to zwłaszcza takich krajów jak Polska, gdzie ceny za usługi telekomunikacyjne należą do najniższych w UE, a tym samym korzystanie z usług roamingowych polskiego dostawcy usług telekomunikacyjnych jest korzystne dla abonenta praktycznie w każdym kraju UE. Kwestia niskich cen usług telefonii ruchomej była podnoszona także w raportach Prezesa UKE o rynku telekomunikacyjnym. Z powyższych raportów wynika, iż od wielu lat ceny usług telekomunikacyjnych w Polsce należą do najniższych w całej UE. Przykładowo w raporcie za 2018 r. Prezes UKE wskazał: „Z przeprowadzonej analizy wynika, że w Polsce wartość koszyka usług telefonii ruchomej jest jedną z najniższych w Europie. Szczególnie widoczne jest to dla umiarkowanego oraz intensywnego korzystania z usług. W przypadku sporadycznego korzystania z telefonii mobilnej klient polskiej sieci ponosi miesięczny koszt 3,9 euro. Oznacza to, iż oferta ta jest niższa od średniej unijnej wynoszącej 8,6 euro. W analizie uwzględniona została usługa składająca się z 30 minut rozmów oraz niezawierająca pakietu danych. Jeśli będziemy rozważać średnie wykorzystanie usług telefonii ruchomej to w 2018 r. koszt takich usług wynosił w Polsce 5,8 euro. Natomiast według



*danych dla wybranych krajów europejskich płacono średnio 24,3 euro. Do analizy wybrano usługę składającą się z nielimitowanych rozmów oraz pakietu danych 5 GB. W przypadku bardzo aktywnych użytkowników w Polsce ponosimy najniższe koszty usług telefonii mobilnej. Intensywne korzystanie z tego typu usług było związane z opłatą równą 6,9 euro, czyli ponad pięciokrotnie mniej niż wynosi średnia europejska. W analizie uwzględniono usługi składające się z nielimitowanych rozmów oraz pakietu danych co najmniej 20 GB.” (Raport Prezesa UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2018 roku - – źródło: [www.uke.gov.pl](http://www.uke.gov.pl)). Trend ten ma charakter stały, gdyż w ostatnim dostępnym raporcie za rok 2021 Prezes UKE wskazuje: „Zestawienie dotyczące średniego przychodu na użytkownika usług telefonii mobilnej pokazuje średnią dla wybranych krajów Unii Europejskiej na poziomie 13,4 Euro miesięcznie. Polska jest według tego zestawienia jednym z krajów, który uzyskuje najniższy średni miesięczny przychód na użytkownika, o nieco ponad 7 EUR poniżej średniej unijnej.” (Raport Prezesa UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2021 roku - – źródło: [www.uke.gov.pl](http://www.uke.gov.pl), s. 53).*

- (23) Powyższe analizy Prezesa UKE jednoznacznie pokazuje, że opisany powyżej problem nieprawidłowego wykorzystania usług roamingu w przypadku polskich dostawców usług jest realny i stanowi istotne ryzyko zarówno szkód po stronie dostawcy usług, jak i ryzyko działań organów ds. ochrony konkurencji wobec dostawcy usług.
- (24) Zwracamy również uwagę, że część umów roamingowych zawieranych przez operatorów publicznych ruchomych sieci telekomunikacyjnych z partnerami roamingowymi, czyli operatorami sieci wizytowanych<sup>18</sup> przez abonenta Polkomtel lub innego polskiego dostawcy usług korzystającego z roamingu, zawiera postanowienia zobowiązujące operatorów do podejmowania działań przeciwko wykorzystywaniu oferty roam like home do stałego korzystania z sieci operatora wizytowanego (VPMN) lub traktują taki ruch jako nadużycie (ruch fraudowy). Warto również wskazać, że połączenia w ramach UE obejmują także połączenia do numerów premium, połączenia do numerów satelitarnych i inny podobny ruch o podwyższonej opłacie, którego koszty, podobnie jak koszty ruchu krajowego do tego typu numeracji nie mogą być objęte opłatą abonamentową.

<sup>18</sup> Ang.: “Visiting Public Mobile Network”.

(25) Kwestionowane postanowienie dotyczące roamingu może być także uznane za niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Raz jeszcze należy podkreślić, iż wykonawca umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być obciążony nadmiernym ryzykiem kontraktowym, którego prawidłowe oszacowanie będzie bardzo trudne lub wręcz niemożliwe<sup>19</sup>. Takie działanie narusza zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia określone w art. 99 ustawy Pzp. Operator telekomunikacyjny musiałby wziąć na siebie ryzyko wykonywania nieodpłatnie świadczenia którego skali nie może oszacować. Jak słusznie podkreśla Izba w podobnych okolicznościach<sup>20</sup>: *efektem tego będzie złożenie ofert nieporównywalnych, w których ww. ryzyko zostało oszacowane w sposób znacząco odmienny, jak i z pewnością zmniejszeniem kręgu potencjalnych wykonawców. Tym samym dojdzie do zakłócenia konkurencji pomiędzy wykonawcami. Kolejnym, niemniej istotnym zagrożeniem jest sytuacja „przeszacowania” cen ofertowych przez wykonawców, którzy nie znając dokładnie skali nałożonego na nich ryzyka, będą go szacować na bezpiecznym, a zatem wysokim poziomie.*

(26) Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o nakazanie przez Izbę uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia poprzez dodanie następującego postanowienia: *Karty SIM będące przedmiotem zamówienia będą służyć wyłącznie do tzw. normalnego użytkowania przez abonenta, który od czasu do czasu podróżuje poza kraj swojego operatora macierzystego. Do przedmiotowego zamówienia znajduje zastosowanie tzw. Polityka Uczciwego Korzystania (Fair Use Policy).*

### III. Zarzuty dotyczące wymaganych urządzeń

(27) Tytułem wstępu należy podkreślić, że obecne brzmienie Opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty. W praktyce mamy do czynienia z wymaganiami niemożliwymi do spełnienia lub też z wymaganiami dającymi Zamawiającemu prawo do podejmowania, po zawarciu umowy, decyzji które będą znacząco rzutować na wynik finansowy wykonawcy. Przy obecnym sposobie ukształtowania OPZ złożenie oferty wymaga podjęcia ryzyka, które może skutkować

<sup>19</sup> Wyrok KIO z dnia 22 października 2018 roku sygn. akt KIO 2030/18

<sup>20</sup> J.w.

powstaniem dużych strat po stronie wykonawcy. **Strat, które będą zależne tylko i wyłącznie od subiektywnych decyzji Zamawiającego.** Takie rozwiązania są nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych.

- (28) Ponadto tytułem wstępu należy zwrócić uwagę na jeszcze jedną okoliczność. **Konkurencja na gruncie ustawy Pzp to nie tylko konkurencja wykonawców, ale i konkurencja producentów.** Tak też w piśmiennictwie: *Ochrona konkurencji w przepisach o zamówieniach publicznych to nie tylko ochrona wywołująca skutek wobec podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, ale również wobec producentów, których towary są sprzedawane lub używane w celu wykonania zamówienia publicznego. Metody sporządzania opisu przedmiotu zamówienia czy też warunki udziału w postępowaniu (ani żadne inne czynności) nie mogą ograniczać prawa do przedstawiania konkurencyjnych wobec siebie rozwiązań*<sup>21</sup>. Innymi słowy wskazanie znaków towarowych jest na gruncie ustawy Pzp zakazane: *Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt)*<sup>22</sup>. Warto w tym zakresie zwrócić uwagę na wyniki kontroli Prezesa UZP w sprawie o sygn. akt KIO/KU 20/23. Był to przetarg na dostawę telefonów komórkowych, gdzie zamawiającym była Kancelaria Prezesa Rady Ministrów - Centrum Obsługi Administracji Rządowej reprezentująca ponad 130 instytucji zamawiających. **W ocenie Prezesa UZP naruszenie ustawy Pzp polegało na tym, że dla poszczególnych części zamówienia możliwe było zaoferowanie produktów tylko konkretnego producenta.** Prezes UZP oraz KIO mieli jednoznaczne zdanie co do zgodności takiego postępowania z prawem zamówień publicznych: *Nie można było się zgodzić także ze stanowiskiem, że do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia nie doszło, gdyż konkretne modele telefonów w poszczególnych grupach, na które wskazywał wyraźnie opis przedmiotu zamówienia, znajdowały się w ofercie wszystkich operatorów telekomunikacyjnych. Zdaniem Izby zasadę uczciwej konkurencji przy opisywaniu*

<sup>21</sup> Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Włodzimierz Dzierżanowski, Wolters Kluwer Polska SA, 2012 rok

<sup>22</sup> Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej sygn. UZP/DKUE/KD/5/16

przedmiotu zamówienia, wyrażoną w art. 99 ust. 4 Pzp, **należy odnosić nie tylko do kręgu potencjalnych wykonawców, ale i urzędzeń, które mogą oni zaoferować w ramach swych ofert.**

(29) Rynek dostawców telefonów komórkowych jest rynkiem konkurencyjnym. Wstępuje na nim kilkunastu producentów (najbardziej popularne to Apple, Motorola, Oppo, Samsung, Xiaomi, Huawei, Hammer, Oneplus, Realme, Myphone, Honor, Google<sup>23</sup>). Każdy z operatorów telekomunikacyjnych oferuje produkty wielu producentów. Przykładowo Polkomtel 14 marek<sup>24</sup>, a T-Mobile ponad 20<sup>25</sup>. Podział rynku wygląda obecnie następująco<sup>26</sup>:

	Brands	Share	YoY % Shipments Changes
1	SAMSUNG	32%	▲ +7%
2	Apple	25%	▼ -1%
3	Xiaomi	18%	▲ +11%
4	realme	4%	▲ +59%
5	Honor	4%	▲ +67%
6	others	18%	▲ +10%

(30) W niniejszym postępowaniu Zamawiający bezzasadnie preferuje urządzenia dwóch producentów: Apple oraz Samsung. Mamy do czynienia z sytuacją, gdy sporządzony opis przedmiotu zamówienia wymusza na wykonawcach oferowanie produktów tych dwóch producentów ze szkodą dla producentów dostarczających około 50% urządzeń. W naszej ocenie takie działanie stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

<sup>23</sup> <https://mediamarkt.pl/pl/category/wszystkie-smartfony-56342.html>

<sup>24</sup> <https://www.orange.pl/esklep/smartfony>

<sup>25</sup> <https://www.t-mobile.pl/sklep/dla-firm/kategoria/urzadzenia-dla-firm>

<sup>26</sup> <https://www.telepolis.pl/wiadomosci/prawo-finanse-statystyki/courterpoint-rynek-smartfonow-w-europie-1q2024-samsung-apple-xiaomi-realme-honor>

## Zarzut dotyczący znaków towarowych

(31) Po pierwsze Zamawiający bezzasadnie posługuje się znakami towarowymi bez określenia kryteriów równoważności. Zgodnie z art. 99 ust. 4–6 ustawy Pzp:

- *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.*
- *Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".*
- *Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.*

(32) Zamawiający w dokumentacji przetargowej posłużył się następującymi zwrotami:

- Wyświetlacz w technologii OLED – jest to znak towarowy przedsiębiorstwa LG ELECTRONICS INC.<sup>27</sup>
- Wyświetlacz AMOLED – jest to znak towarowy przedsiębiorstwa Samsung Electronics Co., Ltd.<sup>28</sup>
- system operacyjny Android – jest to znak towarowy przedsiębiorstwa Google LLC<sup>29</sup>
- system operacyjny iOS – jest to znak towarowy przedsiębiorstwa Apple Inc.<sup>30</sup>

W przypadku użycia w opisie znaku towarowego zamawiający winien dopuścić także rozwiązania równoważne (art. 99 ust. 5 Pzp) oraz wskazać kryteria stosowane w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 6 Pzp). Zamawiający w treści punktu III.2.1 SWZ

<sup>27</sup> <https://trademarks.justia.com/855/61/oled-85561528.html>

<sup>28</sup> <https://trademarks.justia.com/855/16/super-85516520.html>

<sup>29</sup> <https://source.android.com/docs/setup/about/brands?hl=pl>

<sup>30</sup> <https://www.apple.com/legal/intellectual-property/trademark/appletmlist.html>



dopuszczył ogólnie możliwość oferowania produktów równoważnych: *Jeżeli w dokumentach zamówienia wskazano odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych Zamawiający dopuszcza rozwiązywania równoważne opisywanym. W dokumentacji przetargowej brak jest jednak kryteriów równoważności dla wskazanych powyżej znaków towarowych.* Zamawiający nie wskazuje na czym konkretnie ma polegać możliwość zaoferowania przykładowo systemu równoważnego do systemu iOS. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. sygn. akt: KIO 641/17, w którym Izba wskazała: *Zamawiający, dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Precyzyjne określenie wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 PZP i równego dostępu do zamówienia publicznego (tak też KIO w wyroku z dnia 10 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2638/18). Podobnie Prezes UZP: opis tych kryteriów równoważności, zgodny z art. 99 ust. 1 Pzp, powinien pozwolić rozpoznać potencjalnym wykonawcom produkt lub usługę inną niż referencyjna, a w wystarczającym stopniu spełniającą oczekiwania zamawiającego, a następnie zapewnić realną możliwość jej zaoferowania. Doniosłe znaczenie będzie miało właściwe ujęcie przez zamawiającego cech równoważnych. Co do zasady przedmiot zamówienia składać się może z całego zbioru cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia<sup>31</sup>.*

- (33) Mamy do czynienia z bezzasadnym wyeliminowaniem możliwości ofertowania jakichkolwiek urządzeń konkretnych producentów:

<sup>31</sup> Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka oraz Mateusza Winiarza, UZP, Warszawa 2021 rok, s. 342

- telefony Honor w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy) – Honor posiada system MagicOS 8.0;
  - telefony Huawei w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy) – Huawei posiada system HarmonyOS Next
  - telefony Motorola w zakresie wyświetlaczy (OLED/SUPER AMOLED lub wyższy; min. 90 Hz; 380 PPI ) – Motorola stosuje wyświetlacze IPS LCD, pOLED.
- (34) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o nakazanie przez Izbę uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o opis kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności w zakresie znaków towarowych OLED, SUPER AMOLED, Android oraz IOS.

#### **Zarzut dotyczący wymagania wskazania od 3 do 6 urządzeń**

- (35) Tytułem wstępu do niniejszego zarzutu chcielibyśmy przywołać następujący pogląd organów kontrolnych, dotyczący zakupu telefonów komórkowych<sup>32</sup>: *W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę lub produkt zapis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony. Prezes Urzędu powołał się na wyrok TSUE w sprawie C-413/17 Roche Lietuva, w którym Trybunał zalecił ostrożność przy dokonywaniu drobiazgowego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że im bardziej jest on szczegółowy, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane.*
- (36) Zamawiający sporządził bardzo szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie dostaw telefonów. Opis ten wyraźnie preferuje urządzenia marki Samsung oraz Apple. W podziale na grupy urządzeń mamy do czynienia z następującą sytuacją.

#### **Grupa I**

- Wszystkie nowe modele telefonów Samsunga spełniają specyfikację: A16, A25, A35, A55, M15, M35, M55 i inne modele Premium Samsunga,
- Wszystkie modele telefonów Apple nie spełniają wymagania - w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy),

<sup>32</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2023 r. Sygn. akt: KIO/KU 20/23

- Wszystkie modele telefonów Motorola nie spełnią wymagania - w zakresie wyświetlaczy (OLED/SUPER AMOLED lub wyższy; min. 90 Hz; 380 PPI ) – Motorola stosuje IPS LCD, pOLED,
- Wszystkie modele telefonów Honor nie spełnią wymagania - w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy) – Honor posiada system MagicOS 8.0
- Wszystkie modele telefonów Huawei nie spełnią wymagania - w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy) – Huawei posiada system HarmonyOS Next

#### Grupa II

- Samsung – spełnia wymagania szereg modeli od najtańszych : A35, A55, S24+, S24 Ultra,
- wszystkie modele telefonów Apple nie spełnią wymagania - w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy)
- wszystkie modele telefonów Realme nie spełnią wymagań min IP67, IP68.
- wszystkie modele telefonów Honor nie spełnią wymagania - w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy) – Honor posiada system MagicOS 8.0
- wszystkie modele telefonów Huawei nie spełnią wymagania - w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy) – Huawei posiada system HarmonyOS Next

#### Grupa III (premium)

- Samsung – spełnia wymagania kilka modeli premium: S24, S24+, S24 Ultra,
- Apple – spełnia wymagania iPhone 16
- wszystkie modele telefonów Realme nie spełnią wymagań min IP67, IP68.
- wszystkie modele telefonów Honor nie spełnią wymagania - w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy) – Honor posiada system MagicOS 8.0
- wszystkie modele telefonów Huawei nie spełnią wymagania - w zakresie systemu (Android 14 lub wyższy) – Huawei posiada system HarmonyOS Next

**Zamawiający w tej grupie chce, by wykonawca zaoferował urządzenie Samsung S24 Ultra oraz iPhone 16.** W dokumentacji przetargowej zawarto bowiem wymaganie dla Grupy III: *Wykonawca w terminie 7 dni roboczych od dnia złożenia przez Zamawiającego zapytania na adres e-mail Wykonawcy, przedstawi w formie pisemnej, na adres e-mail Zamawiającego listę urządzeń, zawierającą minimum 5 modeli telefonów tj. **minimum***

**1 model z systemem iOS** oraz po 2 modele minimum 2 producentów, przy czym minimum 1 model musi posiadać rysik wbudowany w obudowę telefonu (...). Jedynym urządzeniem spełniającym wymagania dla Grupy III oraz posiadającym system iOS firmy Apple jest urządzenie **iPhone 16**. Ponadto jedynym urządzeniem spełniającym wymagania dla Grupy III oraz posiadającym rysik wbudowany w obudowę telefonu jest **Samsung S24 Ultra**. Mamy zatem do czynienia z przetargiem na dostawę m.in. **iPhone 16 oraz Samsung S24 Ultra**. W naszej ocenie takie działanie sprzeczne jest z zasadami opisanymi w treści art. 99 ustawy Pzp. Niewątpliwie są to bardzo dobre urządzenia, niemniej przetargi publiczne nie mogą polegać na zamawianiu urządzeń konkretnych producentów, gdy nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami instytucji zamawiającej. Jak zauważa Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych<sup>33</sup>: *Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest zatem opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem ograniczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający bezzasadnie preferuje urządzenia konkretnego Apple i Samsung. Takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji.*

- (37) Dla **Grupy IV** można zaoferować w praktyce tylko Samsung S24 Ultra, iPhone 16 Pro oraz iPhone 16 Pro Max. W odniesieniu do wymagań dotyczących **tabletów** są to tylko modele iPad Pro 13 i Samsung Tab S10 Ultra.
- (38) Powyższe działania Zamawiającego mają jeden konkretny skutek, uniemożliwiający złożenie oferty. Jest to główny powód dla którego Odwołujący postawił zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia odnoszący się do telefonów. Zgodnie z OPZ Zamawiający oczekuje wskazania dla każdej z Grup telefonów po kilka modeli. Wskazanie takie ma nastąpić już po zawarciu umowy. Zgodnie z OPZ: *Wykonawca w terminie 7 dni roboczych od dnia złożenia przez Zamawiającego zapytania na adres e-*

<sup>33</sup> Wyrok z dnia 22 stycznia 2022 roku sygn. akt XXIII Zs 139/21

mail Wykonawcy, przedstawi w formie pisemnej, na adres e-mail Zamawiającego, listę urządzeń zawierającą (...):

- Grupa I: *minimum 4 modele telefonów tj. po 2 modele minimum 2 producentów*
- Grupa II: *minimum 6 modeli telefonów tj. po 2 modele minimum 3 producentów*
- Grupa III: *minimum 5 modeli telefonów tj. minimum 1 model z systemem iOS oraz po 2 modele minimum 2 producentów, przy czym minimum 1 model musi posiadać rysik wbudowany w obudowę telefonu*
- Grupa IV: *minimum 3 modele telefonów, przy czym minimum 1 model z systemem iOS oraz minimum 1 model posiadający rysik wbudowany w obudowę telefonu*

Po pierwsze, jest niezwykle trudnym lub też niemożliwym dopasowanie do wymagań innych urządzeń niż preferowane przez Zamawiającego urządzenia Samsung oraz Apple. Co jednak ważniejsze, dopasowane przez nas urządzenia różnią się bardzo ceną (nie jest możliwe znalezienie urządzeń o podobnej cenie). Przykładowo dla Grupy I mamy takie urządzenia jak:

- Samsung A16 o cenie rynkowej około 700 zł<sup>34</sup>
- Samsung A25 o cenie rynkowej około 900 zł<sup>35</sup>
- Realme GT 6T 8/256GB o cenie rynkowej około 1.900 zł<sup>36</sup>
- Realme GT 6 12 o cenie rynkowej około 2.799 zł<sup>37</sup>

Nie stanowiłoby to problemu, gdyby wykonawca wskazywał w ofercie jakie urządzenie oferuje oraz jakiej ceny za dane urządzenie oczekuje (taki jest standard na rynku). **Tyle że zgodnie z OPZ – na przykładzie Grupy I - wykonawca ma zaoferować po zawarciu umowy „minimum 4 modele telefonów tj. po 2 modele minimum 2 producentów”.** Do tego zgodnie z SWZ cena urządzenia jest niezmienna, ma być wskazana w ofercie i być taka sama dla każdego urządzenia z danej Grupy. Dla przykładu, dla Grupy I (161 urządzeń) w zależności od tego które urządzenie Zamawiający wybierze koszt po stronie wykonawcy może kształtować się następująco:

Urządzenie	Cena jednostkowa	Ilość	Cena łączna
------------	------------------	-------	-------------

<sup>34</sup> <https://www.ceneo.pl/174937048>

<sup>35</sup> [www.ceneo.pl](https://www.ceneo.pl)

<sup>36</sup> <https://realmeshop.pl/produkt/realme-gt-6t-8-256gb-srebrny#specyfikacja>

<sup>37</sup> <https://realmeshop.pl/produkt/realme-gt-6-12-256gb-zielony#specyfikacja>



Samsung A16	700 zł	161	112.700 zł
Realme GT 6	2.799 zł	161	450.639 zł

**Zatem w zależności od decyzji Zamawiającego wykonawca – już mając ustaloną stałą cenę oferty – wyda na zakup urządzeń między 100 tysięcy złotych, a 450 tysięcy złotych. Mamy do czynienia z rozwiązaniem skrajnie nietransparentnym.**

(39) Wobec powyższego wykonawca może przyjąć dwie strategie. Dla przykładu odnosząc się do Grupy I. Wykonawca będzie starał się znaleźć jak najtańsze „minimum 4 modele telefonów tj. po 2 modele minimum 2 producentów”. I następnie alternatywnie:

- Po pierwsze, może wykonawca dla każdej Grupy zaproponować cenę za najdroższe urządzenie, które zostało przypisane do danej Grupy przez niego. Nie ma wówczas ryzyka złożenia oferty która przyniesienie stratę. Tyle że z punktu widzenia Zamawiającego jest to rozwiązanie niezgodne z zasadą dokonywania wydatków w sposób oszczędny (art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych). Zamawiający nie zapłaci bowiem ceny rynkowej za urządzenie nabywane, a cenę za najdroższe w danej grupie asortymentowej. Dla przykładu dla Grupy I różnica wynosi około 300 tysięcy złotych. Zarazem wykonawca zmniejsza swoje szanse wygrania przetargu.
- Wykonawca może przyjąć inną strategię. Chcąc pozyskać zamówienie proponuje cenę bliższą urządzeniu najtańszemu. Tyle że w takim przypadku to Zamawiający decyduje – po zawarciu umowy – czy wykonawca wykona dane zamówienie z dodatnim wynikiem finansowym, czy też poniesie stratę (w zależności do tego czy będzie wybierał urządzenia tańsze czy też droższe). W naszej ocenie takie rozwiązanie sprzyja powstawianiu sytuacji nieakceptowalnych dla systemu zamówień publicznych.

Należy przypomnieć, że: *Zamawiający jest gospodarzem postępowania i konstruuje opis przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami i możliwościami finansowymi. Zamawiający musi mieć jednak na uwadze, aby opis nie naruszał uczciwej konkurencji oraz był jednoznaczny i precyzyjny, tak aby możliwe było*

***prawidłowe skalkulowanie oferty***<sup>38</sup>. W naszej ocenie takie opisane powyżej rozwiązanie jest nieakceptowalne, gdyż uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty.

(40) Należy dodać, że standardem dla rynku zakupu urządzeń jest oczekiwanie podania przez wykonawcę w ofercie modelu ofertowanego urządzenia wraz z oczekiwaną za nie ceną. Zamawiający może domagać się podania kilku urządzeń, dowolnie określając grupy asortymentowe. Jednak domaganie się by w danej grupie było kilka urządzeń oferowanych za jedną cenę uniemożliwia skalkulowanie oferty. Tym bardziej, gdy OPZ jest niezwykle precyzyjny i trudno jest dopasować konkretne urządzenia (inne niż preferowane przez Zamawiającego telefony Samsung oraz Apple).

(41) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o nakazanie przez Izbę dokonania zmiany SWZ poprzez przyjęcie następujących rozwiązań:

- Wykonawca ma obowiązek dopasowania do każdej Grupy asortymentowej jednego urządzenia wskazanego w ofercie (marka, model).
- Wykonawca wskazuje w ofercie cenę za dane urządzenie.
- W przypadku niedostępności danego urządzenia w trakcie wykonywania umowy (wycofanie z produkcji lub też brak dostępności w sieci sprzedaży danego producenta) wykonawca ma obowiązek wskazania innego urządzenia, zgodnego z wymaganiami opisanymi dla danej Grupy asortymentowej.

#### **Nieprecyzyjność wskazania na datę premiery urządzenia**

(42) Powyższy zarzut powinien być uzupełniony o jeszcze jedną kwestię. Zamawiający w treści OPZ postawił wymagania dotyczące daty produkcji poszczególnych urządzeń:

- Grupa I: *Rok premiery telefonu na terenie RP: premiera nie wcześniej niż w roku 2024 r.*
- Grupa II: *Rok premiery telefonu na terenie RP: premiera nie wcześniej niż w roku 2024 r.*
- Grupa III: *Data premiery telefonu na terenie RP: premiera nie wcześniej niż 14 miesięcy przed datą zakupu.*
- Grupa IV: *Data premiery telefonu na terenie RP: premiera nie wcześniej niż 14 miesięcy przed datą zakupu.*

<sup>38</sup> Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3447/22

- Tablet: *Rok premiery telefonu na terenie RP: premiera nie wcześniej niż w roku 2024 r.*

Dla wykonawcy, ze względu na znaczące trudności z dopasowaniem odpowiednich urządzeń, ma znaczenie precyzyjność każdego z wymagań formułowanych przez Zamawiającego.

- (43) Po pierwsze pojęcie „data premiery” jest niejednoznaczne. Czy jest to data rozpoczęcia sprzedaży w sieci wykonawcy, czy też data od jakiej telefon jest dostępny w sieci dystrybutora danego producenta? Czy też data ogłoszenia danego modelu jako wprowadzanego na rynek polski przez producenta (jeszcze przed rozpoczęciem sprzedaży)?
- (44) Ponadto skoro umowa trwa 24 miesiące, to wymaganie dostarczenia telefonów dla których premiera nastąpiła nie wcześniej niż 14 miesięcy przed datą zakupu oznacza, że wykonawca już w ofercie ma wycenić urządzenia których jeszcze nie ma. Urządzenia które mają być zgodne z OPZ, a nie zostały jeszcze wyprodukowane.
- (45) Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o zmianę SWZ poprzez przyjęcie jednego wspólnego rozwiązania dla wszystkich grup asortymentowych oraz tabletów. Data wyprodukowania urządzenia powinna być nie starsza niż 6 miesięcy przed datą otwarcia ofert. Wnosimy o nakazanie przez Izbę dokonania przez Zamawiającego tak opisanej zmiany OPZ.

Biorąc pod uwagę powyżej przedstawioną argumentację, w naszej ocenie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Wykaz załączników:**

1. informacja z Krajowego Rejestru Sądowego;
2. pełnomocnictwo;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
4. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.